

行政处罚裁量基准的效力与司法审查

从自拘束力到审查强度

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 裁量基准是行政机关将法定处罚幅度细化为格次的规范性文件, 其性质、效力与审查, 现行法未作规定, 实务分歧明显。本文认为, 基准的性质是行政规则, 原则上只有内部效力, 不构成法源, 不能作为裁判依据。但其通过行政自我拘束原则与平等对待原则, 产生外部效果, 可以作为法院审查裁量是否恣意的参照。参照不是依据, 法院不受其拘束, 但应当给予尊重。自我拘束的根据, 核心在于平等对待, 信赖保护与诚信原则是其延伸。拘束是条件性的, 行政机关有正当理由的, 可以逸脱。逸脱的正当理由有三类: 个案的特殊情节、基准本身违法或者明显不当、上位法修改而基准未及更新。逸脱须说明理由, 说明的内容包括事实依据、法律依据与合理性论证。三项缺一不可, 未说明的逸脱原则上应当撤销。司法审查宜采三层结构。第一层审查基准的合法性, 即是否抵触上位法。第二层审查处罚是否遵循基准, 即有无无理由的逸脱。第三层审查结果是否明显不当。三层递进, 由形式到实质。审查的强度, 还应考虑案件类型。涉及人身自由的, 从严。涉及小额罚款的, 从宽。为调和规则与个案, 宜在基准中设置例外条款与兜底格次, 并以说明义务与内部审批控制其适用。

关键词: 裁量基准; 行政规则; 自我拘束; 逸脱; 司法审查

中图分类号: D922.11 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2023)05-0026-14

Effect of Administrative Discretion Standards and Judicial Review

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: Discretion standards are normative documents by which administrative agencies divide statutory penalty ranges into graded brackets. Their nature, effect and review are not regulated by current law, and practice diverges. This article argues that such standards are administrative rules with internal effect only: they are not sources of law and cannot serve as the basis of adjudication. Through administrative self-binding and equal treatment, however, they produce external effects and may serve as a reference in reviewing whether discretion has been exercised arbitrarily. The core ground of self-binding is equal treatment, with legitimate expectation and good faith as extensions; the binding is conditional, since agencies may deviate for justified reasons. Justified deviation falls into three types: special circumstances of the case, illegality or manifest inappropriateness of the standard itself, and statutory amendment not yet reflected in the standard. Deviation requires reasons covering facts, law and justification, and an unexplained deviation should in principle be annulled. Judicial review should proceed in three tiers: legality of the standard, compliance with the standard, and manifest inappropriateness of the result. Review intensity should also vary with the type of case, stricter where personal liberty is at stake and more relaxed where small fines are involved. To reconcile rules with individual justice, standards should provide exception clauses and residual brackets controlled by the duty to give reasons and internal approval.

Key words: discretion standard; administrative rule; self-binding; deviation; judicial review

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 主要研究行政裁量的规范控制与司法审查标准。

一、问题的提出

行政处罚的法定幅度, 往往跨度极大。以无证经营为例, 罚款可以从一万元到五十万元。幅度的宽阔, 为个案裁量留出了空间, 也为裁量的恣意留下了可能。如何使裁量既灵活又可控, 是行政法上的经典难题。

裁量基准制度，正是应对这一难题的产物。行政机关以规范性文件的形式，将法定幅度细分为若干格次，明确各格次适用的情节，形成一套内部的裁量规则。规则的建立，使裁量从个人的判断变为组织的判断。判断的组织化，提高了裁量的一致性。

裁量的失控，有多种表现。有的是同案不同罚，同类违法在不同的执法者手中得到悬殊的处罚。有的是选择性执法，对相同情形有的查处有的放任。有的是随意加重，以情节严重为由顶格处罚。基准的引入，正是为了抑制这三种失控。

这一制度的实践，始于本世纪初的金华。金华市公安局率先推行行政处罚裁量基准，将裁量幅度划分为若干等级。此后，各地各部门竞相效仿，基准成为行政执法标准化的重要工具。工具化的背后，是对裁量失控的深切忧虑。

立法层面，行政处罚法规定，行政机关可以依法制定行政处罚裁量基准，规范行使行政处罚裁量权。裁量基准应当向社会公布。这一规定，首次在法律层面确认了基准的地位。但对其效力、逸脱与审查，法律未置一词。

域外的经验，可以提供参照。美国的量刑指南，以委员会制定的细则约束法官的量刑裁量，曾引发是否侵犯司法权的争论。德国的裁量准则，以行政内部规则的形式出现，法院仅审查其是否逾越界限。两种模式，一刚一柔。

规范的简略，留下了争议的空间。基准的法律性质是什么，是行政规则、法规命令还是自治规范。其效力是内部的还是外部的，能否约束法院。行政机关能否偏离基准，偏离须具备什么条件。法院对基准能否审查，审查到什么程度。四问相连，构成一个完整的难题。

实务中的处理，差异明显。有的法院将基准作为裁判依据，直接引用。有的法院将其作为参考，仅用于说理。有的法院对违反基准的处罚一律撤销，理由是滥用职权。有的法院则尊重行政机关的裁量，不予干预。四种态度，各有其例。

差异的根源，在于对基准性质的理解不同。若视基准为法源，则违反即违法，法院应当撤销。若视基准为内部规则，则违反只是内部纪律问题，法院不宜干预。两种理解，对应着两种截然不同的审查态度。态度的分歧，源于性质的分歧。

本文认为，裁量基准的性质是行政规则，原则上只有内部效力。但其通过行政自我拘束原则与平等对待原则，产生外部效果，可以作为法院审查裁量是否恣意的参照。参照不是依据，法院不受其拘束，但应当给予尊重。尊重与拘束，分属两个层次。

这一问题的重要性，还在于它与执法质量直接相关。裁量公正是执法公信的基础。当事人对处罚的不服，多源于裁量的恣意，而非处罚的有无。抓住裁量，便抓住了执法争议的源头。

这一立场，既维护了基准的规范功能，又保留了法院的审查空间。它不把基准抬高为法源，避免行政权通过制定规则侵蚀立法权。也不把基准贬为内部文件，避免基准沦为虚设。中道的把握，需要具体的标准支撑。

论证的顺序如下。先厘清基准的规范性质与效力根据，再讨论逸脱的可能与说明义务，继而分析司法审查的强度与层次，最后落到基准与个案正义的调和。四个环节，环环相扣。环节之间，以效力为主线。

需要说明的是，本文讨论的裁量基准，限于行政处罚领域，不包括行政许可、行政强制等领域的裁量基准。后者的裁量构造不同，规则亦应另论。领域的限定，使讨论更为集中。集中，是深入的前提。

二、裁量基准的规范性质

（一）基准的生成与形式

裁量基准的生成，通常由省级或者市级行政机关统一制定。制定主体，多为业务主管部门，如市场监管、生态环境、交通运输等。制定的动因，既有内部管理的需要，也有回应外部监督的压力。压力与需要交织，推动了制度的普及。

基准的形式，多为规范性文件，以裁量基准、裁量规则、裁量指导意见命名。其内容，通常包括裁量格次的划分、各格次适用的情节、从轻从重的幅度、不予处罚的情形等。内容的具体程度，因领域而异。领域越专业，内容越细致。

格次的划分，通常采轻、中、重三档或者五档。划分的依据，是违法行为的情节，如涉案金额、危害后果、主观过错、是否累犯等。档次的设置，使抽象的幅度变为可操作的标准。标准的具体化，是基准的核心功能。

格次之外，还有从轻、减轻、从重、加重的情节规定。这些规定，与格次相互配合，构成完整的裁量体系。体系的完整性，决定了基准的可操作性。残缺的体系，使执法者无所适从。

制定程序，通常包括调研、起草、征求意见、合法性审核、集体审议、公布等环节。程序的设计，参考了规章制定的流程。但基准不属于规章，其程序要求低于规章。实践的差异，因此较大。差异的存在，削弱了基准的权威。

程序的参与，是基准正当性的来源之一。有的地方在制定基准时，邀请企业、律师、学者参加听证。参与的范围越广，基准的可接受性越高。可接受性，减少了执行中的阻力。

公开的程度，同样不一。有的地方全文公开，有的地方只公开目录，有的地方仅在内部印发。公开的差异，影响了当事人的知情与监督。不知基准的存在，便无从主张逸脱的理由。知情，是抗辩的前提。

公开的另一面，是当事人的援引。基准公开后，当事人可以据此主张自己的行为应属某一格次。援引的增多，使基准从内部规则变为外部的论辩工具。论辩的展开，推动了裁量的透明。

行政处罚法要求基准向社会公布，这一要求具有规范意义。公布是生效的条件，未公

布的基准，不得作为处罚的依据。理由在于，未公布的规则，当事人无法预见，处罚便失去了可预测性。可预测性，是法治的形式要求。

（二）作为行政规则的效力

行政规则，是行政机关制定的、规范内部事务或者解释法律的规范性文件。其效力，原则上限于行政机关内部，不直接约束公民与法院。裁量基准属于行政规则，这是通说的立场。通说的形成，有其体系上的理由。

行政规则与法规命令的区别，在于是否具有外部效力。法规命令经法律授权，可以对公民的权利义务作出规定。行政规则无此授权，只能规范内部。区分的标准，是授权的有无与内容的重要程度。标准虽不精确，却能划定大体的边界。

我国实定法上，并无行政规则的概念。与之相近的，是行政规范性文件。规范性文件的效力，历来有争议。通说认为，其原则上不构成法源，但可以作为行政管理的依据。基准属于此类。

基准的内容，涉及处罚的轻重，似乎具有外部效力。但细究之下，基准并未创设新的处罚，只是在法定幅度内作细化。细化的权力，源于行政机关的裁量权，而非立法授权。故其性质，仍属行政规则。性质的决定，不因效果的重要而改变。

这一区分具有实益。若基准是法规命令，则其制定须有法律授权，须经法定程序，须接受法规审查。若基准是行政规则，则其制定较为自由，法院的审查亦较为宽松。性质的决定，影响着制度的全部环节。

实益的另一面，是救济的路径。若基准是法规命令，当事人可以单独对其提起规范性文件审查。若基准是行政规则，则只能附带审查。路径的不同，影响了救济的时机与范围。

也有观点主张，基准具有事实上的外部效力，因为它直接影响处罚的结果。这一主张，混淆了效力与效果。效力是规范上的拘束力，效果是事实上的影响。基准有后者而无前者，故不能作为裁判依据。概念的区分，是论证的前提。

折中的观点认为，基准的效力应当分层。涉及处罚种类的，具有外部效力。仅涉及幅度的，只有内部效力。分层的思路，兼顾了不同内容的重要性。但分层的标准，仍待明确。

本文采行政规则说，但认为其效力不是绝对的内部性。通过自我拘束与平等对待，基准产生了行政惯例意义上的外部效果。这一效果，虽非规范的拘束力，却足以支撑法院的审查。审查的依据，不在基准本身，而在平等原则。

（三）自我拘束的根据

行政自我拘束，是指行政机关制定规则后，在没有正当理由的情况下，应当受其约束。拘束的根据，有信赖保护说、平等对待说、诚信原则说。三说角度不同，结论相近。

相近的结论，增强了说服力。

信赖保护说强调，相对人基于基准形成的预期，值得保护。基准公布后，相对人可以预测自己行为的后果，并据此安排事务。若行政机关随意偏离，预期落空，信赖受损。受损的信赖，需要法律的救济。

信赖保护的成立，须具备三个要件：信赖的基础、信赖的正当性、信赖的值得保护。基准构成信赖的基础，相对人的预期具有正当性，只要不存在明显的违法情形，即值得保护。三要件齐备，信赖便受保护。

平等对待说强调，相同情况相同处理。基准将类似情形归入同一格次，行政机关对同类案件应当作相同处理。偏离基准，即构成差别对待，须有正当理由。正当理由的欠缺，使偏离失去正当性。

诚信原则说强调，行政机关应当言行一致。基准是行政机关的公开承诺，承诺之后随意反悔，违背诚信。三种根据，可以并用，也可以择一。并用的效果，更为坚实。坚实的根据，支撑了拘束的效力。

本文认为，自我拘束的根据，核心在于平等对待。信赖保护与诚信原则，是平等对待的延伸。理由在于，基准的功能是统一裁量，统一的基础是平等。离开平等，基准便失去意义。意义的澄清，使讨论回到原点。

自我拘束的效力，是条件性的。行政机关有正当理由的，可以偏离。正当理由的存在，使拘束从绝对变为相对。相对性是基准的生命，绝对的拘束会使基准僵化，反而损害个案正义。僵化的规则，终将被规避。

拘束的对象，是作出处罚的行政机关，而非法院。法院不受基准的拘束，但应当尊重。尊重的程度，取决于基准的合理性。合理的基准，尊重程度高。不合理的基准，尊重程度低。程度的差异，使尊重具有弹性。

拘束的另一效果，是横向的。同一机关的不同执法者，应当适用同一基准。若甲执法者适用轻档、乙执法者适用重档，则构成内部的差别对待。内部的差别，同样损害平等。故拘束不仅及于机关，也及于个人。

三、逸脱的可能与说明义务

（一）逸脱的正当理由

逸脱，指行政机关作出的处罚偏离基准设定的格次。逸脱是否允许，学说有否定说与肯定说。否定说认为，基准一经制定，即应严格遵守，否则基准形同虚设。虚设的规则，不如没有规则。

逸脱有向上与向下两种。向上的逸脱，是加重处罚，对当事人不利，应当严格限制。向下的逸脱，是减轻处罚，对当事人有利，可以适度放宽。方向的不同，决定了控制的宽严。

肯定说认为，基准是一般规则，个案可能有特殊情节，一律遵守会导致不公。故应允许逸脱，但须说明理由。本文采肯定说，理由是，基准的正当性在于实现正义，而非维护自身的权威。权威的维护，不能以牺牲正义为代价。

否定说的担忧，并非无据。逸脱一旦开口，便可能被滥用。故肯定说必须配上严格的条件：理由须具体、说明须充分、审查须到位。三者缺一，逸脱便会滑向恣意。条件的设计，是肯定说成立的前提。

逸脱的正当理由，大体有三类。其一是个案的特殊情节，基准未予考虑，而依上位法应当考虑。其二是基准本身违法或者明显不当，适用将导致明显不公。其三是上位法修改或者司法解释变化，基准未及更新。三类理由，性质各异。

第一类最为常见。例如，当事人主动消除危害后果、积极配合调查、系初犯且情节轻微，基准未设减轻格次，机械适用将导致过重。此时可以向下逸脱，在基准之下确定处罚。向下的逸脱，体现的是过罚相当。

特殊情节的认定，须有证据支撑。当事人主张系初犯，应当提交无违法记录的证明。主张已消除危害后果，应当提交整改的材料。主张情节轻微，应当由执法机关说明具体的判断依据。证据的缺失，使逸脱失去基础。

第二类涉及基准的合法性。若基准增设了法律没有规定的处罚种类，或者提高了法定幅度的上限，则基准本身违法，不得适用。此时逸脱不是例外，而是义务。义务性的逸脱，与裁量性的逸脱，性质不同。

第二类逸脱的认定，需要法院的审查。当事人主张基准违法的，法院应当审查。审查的结论，可以是拒绝适用，也可以是建议制定机关修改。前者是个案救济，后者是制度改进。

第三类涉及规范的变化。上位法修改后，基准未及修订，适用旧基准将导致适用法律错误。此时应当直接适用新法，不受旧基准的约束。基准的时效，须与上位法同步。同步的滞后，是实践中的常见问题。

（二）说明义务的内容

逸脱须说明理由，这是自我拘束原则的必然要求。说明的理由，应当载于处罚决定书，或者载于案卷的裁量说明。口头说明不足以固定，难以接受审查。固定的理由，才是可审查的理由。

说明的内容，包括三项：逸脱的事实依据、逸脱的法律依据、逸脱的合理性论证。三项缺一不可。仅有事实而无法律依据，属恣意。仅有法律依据而无事实，属空泛。空泛的说理，等于没有说理。

三项内容之中，合理性论证最为薄弱。实践中，处罚决定书往往只写事实与法条，不写为何选择该格次。说理的缺失，使裁量成为黑箱。打开黑箱，是说明义务的核心任务。

说明的程度，应当达到使当事人理解、使法院可审查的水平。理解的标准，是一般理

性人能够明白。审查的标准，是理由与结论之间具有逻辑关联。关联的缺失，使说理沦为形式。

说明的语言，应当平实。专业术语的堆砌，不能替代论证。当事人看不懂的说明，等于没有说明。平实的语言，是沟通的桥梁。桥梁的搭建，需要执法者的诚意。

说明的时点，应当在作出决定之时。事后补充说明，不能治愈原决定的瑕疵。理由在于，裁量的过程应当在决定形成时完成，事后的补充只是辩解。辩解的充实，不能替代当时的审慎。

说明的载体，可以是决定书，也可以是裁量说明表。有的地方推行裁量说明表，与决定书一并送达。表格的形式，使说明要素化，便于审查。要素化的说明，减少了遗漏。

说明的例外，涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的，可以不公开，但应当记录在案。记录的作用，是备查。备查不等于公开，但公开是原则。原则与例外之间，须有清晰的界限。

说明义务的功能，有三。其一，促使行政机关审慎裁量。其二，保障当事人的知情与申辩。其三，为司法审查提供素材。三重功能，共同支撑裁量的理性化。理性化的裁量，才是可接受的裁量。

（三）未说明的后果

未说明理由的逸脱，构成程序违法。其后果，视违法的程度而定。轻微的，可以补正。严重的，应当撤销。程度的判断，以是否影响当事人的实体权利为准。影响的，撤销。未影响的，补正。

影响实体权利的，例如未经说明即加重处罚，应当撤销。未影响的，例如说明不完整但结论正确，可以责令补正。补正的意义，在于维持行政效率，避免因形式瑕疵推翻实体正确的决定。效率与正确，需要平衡。

补正与撤销的区分，还须考虑公共利益。撤销将导致重大公共利益受损的，可以确认违法而不撤销。确认违法，是对程序瑕疵的否定性评价，同时保留了处罚的效力。这一技术，平衡了多种利益。

司法实践中，对未说明理由的处理并不统一。有的法院以违反法定程序为由撤销，有的法院以说理不充分为由仅予指正，有的法院则以裁量不当为由变更。三种处理，对应着三种审查强度。强度的差异，反映了立场的分歧。

指正与撤销之间，还有一条中间道路，即确认违法。确认违法不改变处罚的效力，但明确了程序的瑕疵。对于轻微瑕疵，确认违法比撤销更为妥当。妥当的处理，需要对瑕疵的程度作精细判断。

本文主张，未说明理由的逸脱，原则上应当撤销。理由是，说明是自我拘束的对价，无说明即无拘束，裁量便失去控制。例外情形，限于理由显而易见、当事人无异议、且不损害公共利益。例外的严格，是规则有效的前提。

撤销之后，行政机关可以重新作出处罚。重作时，应当说明理由，并受不利变更禁止的约束。不得因当事人起诉而加重处罚，这是程序公平的要求。公平的程序，是实体公正的保障。

重作的期限，法律未作规定。实践中，有的机关久拖不决，使当事人长期处于不确定状态。本文建议，重作应当在一定期限内完成，逾期未作的，视为撤销原处罚。期限的设置，是对效率的约束。

未说明的另一种情形，是说明的理由与实际情况不符。此时构成理由的替代，属于另一种违法。处理上，应当以实际理由为准，审查其是否成立。不成立的，撤销。成立的，可以维持。审查的对象，是真实的理由。

四、司法审查的强度

（一）合法性审查与合理性审查

行政诉讼的审查，以合法性为原则，以合理性为例外。合法性审查，包括主体、权限、程序、依据、内容五个方面。合理性审查，限于滥用职权与明显不当两种情形。原则与例外的格局，决定了审查的基本框架。

裁量基准的审查，横跨合法性与合理性。基准的制定，是否超越权限、是否违反上位法，属合法性问题。基准的适用，是否遵循先例、是否恣意，属合理性问题。两类问题，常在同一案件中交错。交错的审查，需要分层的思路。

合法性审查的标准，是基准不得抵触上位法。抵触的表现有三：增设处罚种类、提高处罚幅度、增设处罚条件。三者任一成立，基准即属违法，法院不予适用。不予适用的效果，是回到上位法的直接适用。

抵触的判断，还须注意基准的制定权限。县级机关制定的基准，不得抵触省级机关的基准。下位基准与上位基准冲突的，适用上位基准。层级冲突的解决，遵循上位优先的原则。

合理性审查的标准，是基准不得明显不当。明显不当的判断，以比例原则为尺度。基准设定的格次，与违法行为的危害明显不成比例的，构成不当。成比例的要求，是对裁量权的实质约束。

明显不当的判断，可以参考同类案件的处罚水平。同类案件处罚畸轻畸重的，构成不当。比较的范围，宜限于同一地区、同一时期。范围的限定，使比较具有意义。

两类审查的界限，并不清晰。基准的制定，往往涉及专业判断，法院难以替代。故实践中，法院对基准本身的审查较为克制，多在上位法的文义范围内作形式审查。克制的审查，避免了外行判断内行。

这种克制有其道理。行政的专业性，要求法院尊重行政机关的判断。但克制不等于放弃。基准明显违法或者明显不当的，法院仍应审查，不能以专业性为由回避。回避的后

果，是权力的失控。

克制的另一理由，是审查的能力。法官缺乏行政经验，难以判断何种处罚最为适当。故法院通常只审查是否明显不当，不审查是否最为适当。这一自我限制，是司法谦抑的体现。

审查的方式，可以附带审查，也可以间接审查。附带审查，依行政诉讼法关于规范性文件附带审查的规定进行。间接审查，则在审查处罚决定时，顺带评价基准的合法性。两种方式，效果相近。相近的效果，源于共同的审查对象。

附带审查的启动，须由当事人提出。当事人未提出的，法院一般不予审查。这一限制，源于不告不理的原则。但基准明显违法的，法院可以依职权排除适用。职权的行使，须谨慎。

当事人对处罚不服的，可以申请复议或者提起诉讼。至于救济的途径、期限与材料，《被城管、公安等部门处罚不服怎么维权》一文已有梳理，本文不赘，只就基准在诉讼中的审查展开。

（二）基准对法院的约束力

基准对法院有无约束力，取决于其性质。若为法源，则有约束力。若为行政规则，则无。本文采后者，故认为基准对法院无规范上的约束力，只有事实上的参考价值。参考与约束，一字之差，性质迥异。

参考价值的大小，取决于基准的合理性。合理的基准，反映了行政机关的专业经验，法院可以参考。不合理的基准，只是行政机关的偏见，法院不应参考。价值的判断，须具体进行。抽象的判断，难免空泛。

参考的另一维度，是基准的新旧。新近制定的基准，反映了最新的执法政策，参考价值较高。陈旧的基准，可能与上位法脱节，参考价值较低。时间的维度，不可忽略。

实务中，法院引用基准的情形并不少见。引用的方式，有作为裁判依据、作为说理参考、作为审查对象三种。作为依据的，混淆了基准与法律，应予纠正。纠正的方式，是改变表述。表述的规范，是观念转变的开始。

本文主张，法院引用基准，应当限于说理参考。表述上，宜用参照、参考而非依据。用语的差异，反映的是效力的差异。用语不慎，会误导当事人。误导的后果，是当事人对裁判依据的误解。

参照的表述，还应当指明具体的格次。笼统地说参照基准，无法使当事人明白裁判的依据。指明格次，使说理具体。具体，是可检验的前提。

参考的具体方式，是在判断裁量是否恣意时，以基准为参照系。行政机关无正当理由偏离基准的，可以认定为滥用职权。有正当理由的，不构成。参照系的作用，是提供比较的坐标。坐标的引入，使判断有了尺度。

这一方式，使基准在事实上发挥了约束作用，却未突破其规范性质。事实约束与规范

约束，效果相近而性质不同。区别的意义，在于维护法源的专属性。专属性的维护，是法秩序统一的要求。

基准的层级，也影响参考的程度。省级机关制定的基准，适用范围广，参考价值较高。县级机关制定的基准，适用范围窄，参考价值较低。层级的差异，反映了经验的范围。范围越广，经验越可靠。

参考的限度，还在于不得替代判断。法院可以参考基准，但不能以基准代替法律。以基准为裁判依据，等于承认行政机关立法。这一后果，违背权力分立的原则。

（三）审查的三层结构

本文提出三层审查结构。第一层，审查基准的合法性，即基准是否抵触上位法。第二层，审查处罚是否遵循基准，即是否存在无理由的逸脱。第三层，审查处罚结果是否适当，即是否明显不当。三层递进，由形式到实质。

三层之间，层层递进。第一层不通过的，直接排除基准的适用，进入上位法的直接适用。第二层不通过的，认定裁量恣意。第三层不通过的，认定结果不当。逐层的排除，使审查有条不紊。

第一层的审查，是形式审查。审查的对象，是基准的条文与上位法的文义。审查的方法，是文义比对。比对的结论，是抵触或者不抵触。抵触的，不予适用。形式的审查，是全部审查的起点。

第一层审查的难点，是上位法的文义边界。法律规定的幅度，是上限与下限。基准若在幅度内细化，通常不构成抵触。若在幅度外设定，则构成抵触。边界的判断，须作实质解释。

第二层的审查，是程序审查。审查的对象，是处罚决定的说理。审查的方法，是比对基准的格次与决定的内容。偏离而无说明的，认定恣意。有说明的，进入第三层。程序的审查，是裁量控制的枢纽。

第二层审查的前提，是基准本身合法。若基准违法，则无从判断是否逸脱。故层次的顺序，不可颠倒。颠倒的顺序，会导致审查的混乱。

第三层的审查，是实质审查。审查的对象，是处罚的结果。审查的方法，是比例衡量。衡量的尺度，是过罚相当。相当的，维持。不相当的，变更或者撤销。实质的审查，是正义的最后防线。

三层结构的实益，在于审查的精细化。它避免了撤销一切与维持一切两种极端，使审查与问题的性质相匹配。匹配的审查，才是有效的审查。有效的审查，才能约束裁量。

三层结构的限度，在于法院的能力。第三层的实质审查，需要法院具备专业判断的能力。能力不足时，宜退守第二层，以程序审查替代实质审查。退守不是放弃，而是审慎。审慎的态度，符合司法的谦抑。

三层结构的适用，还须考虑案件类型。涉及人身自由的处罚，审查应当从严。涉及小

额罚款的处罚，审查可以从宽。类型的差异，反映了权利的重要程度。重要的权利，需要更强的保护。

三层结构的适用，还须考虑诉讼经济。若第一层即可解决问题，不必进入第二层。若第二层已足以认定违法，不必进入第三层。层次的跳跃，须有理由。理由的欠缺，会使审查流于形式。

五、基准与个案正义的调和

（一）僵化适用的弊端

基准的僵化适用，会导致个案的不公。基准以类型化的方式处理案件，类型化难免遗漏特殊情节。遗漏的后果，是相同处理掩盖了不同。形式的平等，掩盖了实质的不平等。

典型的例子，是首违不罚与轻微不罚的适用。基准若未设免罚格次，执法人员便难以作出不予处罚的决定。机械适用，可能使本应免罚的案件受到处罚。处罚的扩张，背离了处罚的目的。

首违不罚的适用，须具备三个条件：初次违法、危害后果轻微、及时改正。三条件缺一不可。实践中，有的机关将首违不罚扩大适用，对造成严重后果的初次违法也不予处罚。扩大的适用，背离了制度的目的。

僵化的另一表现，是顶格处罚的惯性。基准设定某一格次后，执法人员倾向于在该格次内取上限，理由是有据可依。上限的惯性，使基准从限制裁量的工具变为加重处罚的借口。工具的异化，值得警惕。

僵化的第三种表现，是就低不就高的保守。为避免争议，执法人员一律取格次下限，基准的区分功能落空。保守的选择，看似安全，实则背离了基准的初衷。初衷的背离，使制度空转。

三种表现，共同的根源是责任的错配。执法人员偏离基准，可能被追究责任。严格遵守基准，即使结果不公，也可免责。责任机制的设计，塑造了执法的行为。改变行为，须先改变机制。

僵化的第四种表现，是基准的越界适用。基准本为处罚裁量而设，却被用于决定是否立案、是否调查。越界的适用，使基准从裁量规则变为执法门槛。门槛的抬高，阻碍了违法行为的查处。

（二）例外条款的设计

调和的路径之一，是在基准中设置例外条款。例外条款，允许在特定情形下逸脱基准，或者设定兜底格次，容纳基准未及考虑的情节。例外的设置，使规则具有弹性。弹性，是规则的呼吸。

例外条款的设计，应当遵循三个原则。其一是明确性，例外的情形应当具体，避免空泛。其二是可操作性，例外的适用应当有程序，避免任意。其三是可审查性，例外的理由

应当载明，便于审查。三性兼备，例外方能可控。

例外条款的表述，宜采列举加概括的方式。列举明确典型情形，概括容纳未尽情形。两者结合，兼顾了明确与灵活。单纯列举，易生遗漏。单纯概括，易生恣意。

兜底格次的设计，是一种技术性方案。在格次表之外，增设其他情形一栏，授权执法人员根据个案确定处罚。授权的同时，要求说明理由。授权的边界，由说明义务划定。划定的边界，防止授权的泛滥。

兜底格次的适用，应当有内部的审批。由承办人提出，科室负责人审核，机关负责人决定。审批的层级，与裁量的幅度相当。幅度越大，层级越高。层级的设置，是内部的制约。

例外条款的适用，应当受比例原则的约束。逸脱的幅度，与特殊情节的显著性相当。显著性强，逸脱幅度大。显著性弱，逸脱幅度小。幅度的控制，防止例外吞噬规则。吞噬的后果，是规则的解体。

例外条款的效力，不因基准的层级而异。省级基准设定的例外，市县机关可以适用。反之则不可。层级的差异，决定了例外的适用范围。范围的限定，维护了基准的体系。

例外条款的修订，应当有反馈机制。执法中发现新的特殊情形，应当逐级上报，由制定机关决定是否增设。增设的程序，宜简化，但不可省略。简化的程序，适应了实践的需要。

（三）裁量一元论的反思

裁量一元论，主张裁量是统一的，规则与个案不可分割。规则为个案提供框架，个案为规则注入生命。二者不是对立，而是互补。这一观点，源于对规则主义的反思。反思的矛头，指向规则的僵化。

反思的价值，在于纠正规则万能的迷思。规则不能预见一切，也不能替代判断。执法者的判断，是规则实现的关键。承认判断，才能谈裁量的合理化。否认判断，只会使裁量转入地下。

规则主义的好处，是确定与平等。坏处，是僵化与形式。裁量主义的坏处，是灵活与恣意。两者的取舍，实质是价值的选择。选择的标准，是何种价值在特定领域更为重要。

但反思不能走向另一极端，即否定规则的意义。无规则的裁量，是恣意。规则的意义，在于提供可预测性与可审查性。可预测，使相对人能够安排事务。可审查，使权力受到约束。两者皆是法治的核心。

本文主张，规则与判断的调和，应当通过程序实现。程序的一端是基准的制定，另一端是逸脱的说明。制定使规则贴近实践，说明使判断接受监督。两端相接，形成闭环。闭环的运转，使制度自我修正。

闭环的运转，需要信息的反馈。执法中发现基准不合理，应当反馈至制定机关，推动基准的修订。修订的机制，使基准具有自我更新的能力。自我更新，是规则保持生命力的

条件。失去更新能力，规则便会僵死。

反馈的渠道，可以是执法监督，也可以是行政复议。复议机关在审理中发现基准问题，可以向制定机关提出建议。建议的采纳情况，应当公开。公开，使建议具有约束力。

这一调和方案，既非规则至上，也非判断至上，而是程序至上。程序的价值，在于容纳差异而不失控制。在裁量领域，程序或许是唯一的出路。出路的选择，决定了制度的成败。

六、结语

裁量基准的制度化，是中国行政法近二十年来最重要的实践之一。它把模糊的法定幅度变成了可操作的格次，把个人的判断变成了组织的判断。这一转变，提升了执法的确定性与可预期性。确定性的提升，是法治的进步。

但制度化也带来了新的问题。基准的效力不明，逸脱的标准不清，审查的强度不定。三个不确定，使基准在实践中时紧时松。时紧时松的执法，损害了相对人的信赖。信赖的损害，是制度成本的隐性积累。

三个不确定，还衍生出第四个问题，即基准的碎片化。各地各领域的基准，标准不一，宽严悬殊。同一行为在不同地区受到不同处罚，形成新的不平等。统一基准，是未来的课题。

本文的核心主张是，基准的性质为行政规则，其效力通过自我拘束与平等对待产生外部效果。逸脱应当允许，但须说明理由。司法审查应当采三层结构，由形式到实质逐层推进。三点主张，构成一个完整的方案。

这一方案的关键，在于承认基准的相对性。绝对遵守，会使基准僵化。绝对自由，会使基准虚设。相对性，使基准既有约束力，又有弹性。弹性的尺度，由说明义务与审查强度共同控制。

立法层面，建议在行政处罚法中增加基准的效力条款，明确其性质、公布要件与逸脱条件。现行法只有一句可以制定，过于简略。简略的规范，无法支撑复杂的实践。细化，是当务之急。

统一基准的路径，可以由国务院有关部门制定指导性基准，各地在其框架内细化。指导性基准，不具强制力，但具有参照价值。参照的推广，可以逐步缩小地区的差异。差异的缩小，是法治统一的要求。

司法解释层面，建议明确基准在裁判中的引用方式，统一参照与依据的用语。用语的统一，是观念统一的前提。前提的稳固，减少了同案不同判。同案不同判，是司法公信的最大损耗。

执法层面，建议建立基准的定期评估与修订机制，使基准跟上法律与实践的变化。评估的周期，宜为二至三年。周期的设定，兼顾了稳定与更新。稳定与更新，是规则永恒的

张力。

学理层面，仍需研究基准与法律解释的关系。基准在解释法律的同时，也在创造规则。创造与解释的界限，尚未厘清。厘清界限，是防止行政立法化的关键。关键问题的解决，需要长期的积累。

裁量是行政法的核心，也是行政法的难点。基准为裁量提供了框架，却不能替代判断。真正的裁量正义，存在于框架之内的人的判断。判断的理性化，才是制度的最终目的。目的的实现，需一代代法律人的努力。

参考文献

- [1] 姜明安：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社2021年版。
- [2] 应松年：《行政处罚法的理论与实践》，中国法制出版社2021年版。
- [3] 章剑生：《现代行政法基本理论》，法律出版社2021年版。
- [4] 周佑勇：《行政裁量基准研究》，中国人民大学出版社2020年版。
- [5] 王锡锌：《行政裁量的治理》，载《法学研究》2019年第5期。
- [6] 余凌云：《行政裁量基准的效力与适用》，载《中国法学》2020年第3期。
- [7] 朱新力：《行政自我拘束原则的展开》，载《中外法学》2021年第4期。
- [8] 何海波：《行政行为的合法性审查》，载《法学研究》2020年第6期。